

Universidade Católica do Porto
Mestrado em Direito e Gestão

Análise do artigo 396º do Código das Sociedades
Comerciais – dever legal de caucionar a responsabilidade
dos administradores das sociedades anónimas

Vanessa Tavares da Cruz
Aluna nº 349412011

Tese de Mestrado Orientada pela
Doutora Maria de Fátima Ribeiro

PORTO
2013/2014

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer, à Doutora Maria de Fátima Ribeiro, por todo o acompanhamento ao longo deste trabalho, e pelas sugestões e críticas que fizeram com que o mesmo fosse possível.

À Doutora Maria Elisabete Ramos, porque os seus ensinamentos me despertaram a vontade de explorar este tema.

Aos meus pais, porque todo o caminho ao longo destes anos e, consequentemente, este trabalho, só foram possíveis devido ao vosso esforço. Sem vocês nunca teria chegado onde cheguei e estou-vos eternamente grata.

Aos meus velhos e bons amigos, em especial à Inês Margarida, por terem sido ouvintes, confidentes e motivadores o suficiente para não me deixarem desistir.

Abreviaturas

art.- artigo

CC – Código Civil

CCom. – Código Comercial

CNSF – Conselho Nacional de Supervisores Financeiros

Cfr. – Confira

cit. – citado, citação

CPC – Código do Processo Civil

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CMVM – Comissão dos Mercados de Valores Mobiliários

n.º - número

p. (pp.) – página(s)

RJCS – Regime Jurídico do Contrato de Seguro

ss. - seguintes

vd. – vide

Índice

Agradecimentos	3
Abreviaturas	4
1. Introdução	6
2. A obrigação legal de prestar caução nos termos do artigo 396.º do Código das Sociedades Comerciais	7
2.1 As várias redações do artigo 396.º do CSC.....	7
2.2 A obrigação de prestar caução nas legislações europeias mais próximas.....	9
3. A Responsabilidade civil dos administradores	11
4. A Caução	13
4.1 Formas de Caucionar.....	13
4.2 Beneficiários da caução.....	15
4.3 Prestação da caução.....	16
4.4 Dever legal de caucionar a responsabilidade.....	18
4.5 Dispensa da caução	20
4.6 Consequências da não prestação da caução.....	22
4.7 Substituição de administradores.....	23
5. O Seguro	25
5.1 Seguro de caução	25
5.2 Seguro de responsabilidade civil	26
5.2.1 D&O Insurance	27
5.2.2 Outros seguros propostos pelo mercado segurador	29
6. Propostas de alteração legislativa	31
7. Conclusão	33
8. Bibliografia	35

1. Introdução

A presente dissertação pretende dar resposta a algumas questões levantadas quando da leitura do artigo 396.º CSC. É este artigo eficaz face ao nosso ordenamento jurídico? A sua manutenção justifica-se à luz da nossa *praxis* societária?

Propomo-nos por isso a analisar o artigo 396.º do CSC e ao longo desta dissertação dar resposta às questões suscitadas pela sua leitura.

Assim, em primeiro lugar veremos que o dever legal de os administradores caucionar a responsabilidade é centenário e atentaremos à evolução do art. 396.º desde a sua previsão inicial no 174.º C.Com até aos dias de hoje. Observaremos também se este dever existe em algumas legislações que nos são mais próximas.

Seguidamente faremos uma breve referência ao instituto da responsabilidade civil dos administradores, de forma sucinta, de modo a esclarecermos o sentido do dever legal de caucionar. Tentaremos determinar quais as formas de responsabilidade que constituem a fonte de indemnização que a caução visa garantir, e quais os atos relevam para efeitos da garantia.

Posteriormente exploraremos o que é a caução. Desse modo, atentaremos à natureza da caução e ao seu montante. Examinaremos as formas de caucionar e a possibilidade do contrato de sociedade restringir as modalidades de caução admissíveis mediante a especificação da modalidade de caução a ser prestada.

Depois disso, ponderaremos sobre quem são os beneficiários da caução e refletiremos sobre a sua prestação propriamente dita. Assim, consideraremos a quem deve ser prestada a caução e se a sua prestação à sociedade é idónea de garantir todos os titulares do direito à indemnização.

Ulteriormente veremos quais os requisitos para que haja dispensa da caução e quais as consequências da não prestação da mesma. Terminaremos o capítulo relativo à caução com uma breve referência à prestação da caução por parte dos administradores substitutos.

Em seguida, examinaremos o seguro, enquanto forma adequada de substituir a caução. Veremos os diversos seguros disponíveis no nosso ordenamento jurídico e atentaremos à sua adequação às exigências legais do art. 396.º CSC. Nomeadamente, o seguro de caução, o D&O Insurance, e outros seguros propostos pelo mercado segurador.

Para além disso, apresentaremos uma proposta de alteração legislativa face ao observado ao longo da dissertação.

Finalmente, faremos uma súmula de todos os problemas e dificuldades geradas pelo dever legal de caucionar e concluiremos sobre a sua relevância na nossa prática societária.

2. A obrigação legal de prestar caução nos termos do artigo 396.º do Código das Sociedades Comerciais

2.1 As várias redações do artigo 396.º do CSC

A caução foi inicialmente prevista pelo artigo 174.º do C.Com que estabelecia que os «directores caucionarão sempre a sua gerência na forma estabelecida nos estatutos, e, no silêncio destes, pela que for determinada em assembleia geral, sem o que não poderão entrar em exercício»¹. Era entendida como uma «prudente garantia a favor dos interesses sociais e dos próprios credores, e contra os abusos da direcção»².

Durante a elaboração do Projeto de Código das Sociedades Comerciais, RAUL VENTURA, apesar de entender o artigo 174.º C.Com como um «preceito obsoleto, e nas circunstâncias dessa década de 80, ingénuo, pois o crescimento das sociedades anónimas e o volume das eventuais responsabilidades dos seus administradores tornavam quase ridículo o caucionamento destas por uma pequena garantia e, por outro lado, para exigir uma caução, em princípio, mais adequada, corria-se o risco de não haver administradores dispostos a prestá-la»³, propôs a manutenção do dever de caucionar, surgindo assim o artigo 396.º CSC.⁴

Dessa forma, a versão originária do artigo 396º CSC, resultante do Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, era a seguinte:

- 1 - A responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada por alguma das formas admitidas por lei, na importância que for fixada pelo contrato de sociedade, mas não inferior a 500.000\$00.
- 2 - A caução pode ser substituída por um contrato de seguro, a favor da sociedade, cujos encargos não podem ser suportados por esta, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no número anterior.
- 3 - Excepto nas sociedades com subscrição pública, a caução pode ser dispensada por deliberação da assembleia geral ou constitutiva que eleja o conselho de administração ou

¹ Cfr. J. PINTO FURTADO, «Das Sociedades em Especial», *Código Comercial Anotado*, Volume II, Tomo I, Almedina, Coimbra, 1986, p. 414.

² Cfr. ADRIANO ANTHERO, *Comentário ao Código Comercial Português*, Volume I, 2ªEd. Companhia Portuguesa Editora, Porto, 1913, p. 394.

³ Cfr. RAUL VENTURA, «Nota sobre a caução de responsabilidade dos administradores» em *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1994, p. 200.

⁴ Não pareceu correto a RAUL VENTURA, «retirar aos accionistas portugueses uma garantia – por pouco que ela valesse – que as legislações estrangeiras mais próximas da nossa ainda na nessa época, ofereciam aos accionistas das respectivas sociedades», no entanto, o Autor destaca que «o art. 396.º CSC tem sido frequentemente desrespeitado, havendo hoje numerosas sociedades cujos administradores exercem funções sem terem caucionado a sua responsabilidade. Como isso não era frequente no domínio do Código Comercial, parece que a causa da mudança de atitudes deve encontrar-se no novo preceito», vid., RAUL VENTURA, «Nota sobre a caução...», cit., pp. 200, 201 e nota 1.

um administrador e ainda quando a designação tenha sido feita no contrato de sociedade, por disposição deste.

Em 1998, o Decreto-Lei n.º 343/98, de 6 de Novembro, fixou o montante mínimo da caução em € 5.000,00:

- 1 - A responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada por alguma das formas admitidas por lei, na importância que for fixada pelo contrato de sociedade, num valor nunca inferior a 5000 euros.
- 2 - A caução pode ser substituída por um contrato de seguro, a favor da sociedade, cujos encargos não podem ser suportados por esta, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no número anterior.
- 3 - Excepto nas sociedades com subscrição pública, a caução pode ser dispensada por deliberação da assembleia geral ou constitutiva que eleja o conselho de administração ou um administrador e ainda quando a designação tenha sido feita no contrato de sociedade, por disposição deste.

A reforma do Direito Societário de 2006, através do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, veio alterar os montantes mínimos da caução. Estes passaram a ser de €250.000,00 para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para as sociedades que ultrapassem determinadas faixas fixadas na lei. Para as restantes sociedades, o montante mínimo de caução passou para €50.000,00. Em acréscimo, a referência legal à possibilidade de celebração de um seguro «a favor da sociedade» foi substituída por uma referência à possibilidade de celebração de um seguro «a favor dos titulares de indemnizações»⁵.

Deste modo, a redação do artigo alterou-se, passando a ser a seguinte:

- 1 - A responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada por alguma das formas admitidas na lei, na importância que seja fixada no contrato, não podendo ser inferior a €250000 para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado nem para as sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º e a €50000 para as restantes sociedades.
- 2 - A caução pode ser substituída por um contrato de seguro, a favor dos titulares de indemnizações, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no número anterior.
- 3 - Excepto nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º, a caução pode ser dispensada por deliberação da assembleia geral ou constitutiva que eleja o conselho de administração ou um administrador e ainda quando a designação tenha sido feita no contrato de sociedade, por disposição deste.
- 4 - A responsabilidade deve ser caucionada nos 30 dias seguintes à designação ou eleição e a caução deve manter-se até ao fim do ano civil seguinte àquele em que o administrador cesse as suas funções por qualquer causa, sob pena de cessação imediata de funções.

⁵ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil de administradores celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?», In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Lisboa, Almedina, 2011, pp. 421 e 422.

Em 2012, a Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, que veio alterar o Código das Sociedades Comerciais, adicionou um n.º ao art. 396º. Nos termos do n.º 5 do artigo 396º do CSC:

5 - É dispensada a prestação de caução aos administradores não executivos e não remunerados.

2.2 A obrigação de prestar caução nas legislações europeias mais próximas

O artigo 396º do CSC apesar de seguir uma centenária tradição portuguesa constitui uma singularidade no contexto de várias legislações⁶.

Na Alemanha, as leis das sociedades por ações não preveem a prestação de uma caução pelos membros da direção. É admitido porem que a direção deposite, mediante certas condições, ações próprias a título de caução⁷. O GmbHG⁸ também não prevê a prestação de caução pelos gerentes, mas o seu § 33 permite, mediante certas condições, a aquisição de quotas próprias liberadas mas nada diz sobre a possibilidade de penhor de quotas⁹.

Em Itália, o art.º 123 do Código de Comércio de 1882, e depois, o (primitivo) art.º 2387 do *Codice Civile* impuseram a prestação da caução aos administradores de sociedades anónimas. Nas sociedades de responsabilidade limitada, o legislador italiano considerou que a caução era dispensável, tendo em conta que a garantia de uma correta administração radicava na circunstância de serem os sócios a gerir a sociedade¹⁰.

A caução foi considerada insuficiente tanto ao abrigo do art.º 123 do Código de Comercio quanto na vigência do artigo.º 2387 do *Codice Civile*. Em 1985 o art.º 2387 do *Codice Civile* foi revogado: a caução deixou de ser obrigatória, mas é válida a cláusula estatutária que a preveja¹¹.

Em França, de acordo com a Lei de 1867, os administradores das sociedades anónimas deviam ser proprietários dum número de ações determinado, raramente o número de ações era elevado e estas tinham o nome de ações de garantia.¹² A Lei de 1966 manteve o sistema das ações de garantia apesar de ser considerado pouco eficaz, foi proposta uma emenda, sugerindo a substituição das ações de garantia por uma caução determinada pelos estatutos, mas não foi acolhida.¹³ A Lei de 5 de Janeiro de

⁶ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores de sociedades anónimas e o dever legal de garantir a responsabilidade», in *Direito das Sociedades em Revista*, Volume 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 55.

⁷ Cfr. RAUL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, separata do BMJ n.º 192, 193, 194 e 195, Lisboa, 1970, p. 209.

⁸ GmbHG – *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (que significa em português Sociedade com Responsabilidade Limitada).

⁹ Cfr. RAUL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade...cit.*, p. 209.

¹⁰ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição do risco e a delimitação da cobertura)*, Almedina, Coimbra, 2010 p.324, nota 1294

¹¹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...cit.*, p. 324, nota 1294.

¹² Cfr. RAUL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade...cit.*, p. 209.

¹³ Cfr. RAUL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade...cit.*, p. 211.

1988 suprimiu as ações de garantia, tornando as ações dos administradores livremente transmissíveis e penhoráveis¹⁴.

Em Espanha não é exigido o caucionamento da responsabilidade dos administradores¹⁵.

Como podemos ver, não encontramos o dever legal de caucionar a responsabilidade em outras legislações que nos são próximas.

¹⁴ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...cit.*, p. 325, nota 1294.

¹⁵ Cfr. MIGUEL IRIBARREN BLANCO, «Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital», *Revista Española de Seguros*, 136, 2008, pp. 803 e 804.

3. A Responsabilidade civil dos administradores

O sistema português da responsabilidade dos administradores, consagrado no CSC, assenta na ilicitude de atos praticados pelos administradores. Este sistema de responsabilidade civil dos administradores tem maior proximidade com o direito geral da responsabilidade civil do que com o direito das sociedades comerciais, sendo que, a responsabilidade dos administradores é construída sobre a prática de atos ilícitos culposos e danosos¹⁶.

Assim, à luz do regime jurídico da responsabilidade civil dos administradores, estes podem ser responsabilizados: «a) pela sociedade, relativamente à violação culposa de deveres legais ou estatutários (arts. 71.º, 72.º, 1); b) por credores da sociedade, pela insuficiência do património social provocada pela violação de normas legais de proteção dos credores sociais (art. 78.º, 1); c) por sócios e terceiros, nos termos gerais, pelos danos que os administradores diretamente lhes causarem no exercício das suas funções (art. 79.º, 1)»¹⁷.

Para além disso, não podemos esquecer o art. 64.º CSC, que consagra deveres fundamentais dos administradores societários. Este artigo consagra uma «cláusula geral sobre a forma como os membros da administração devem nortear a sua atuação, pautando-a pela observância de *deveres de cuidado*, com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, e de *lealdade*»¹⁸. Para respeitar o dever geral de cuidado, «os administradores hão-de aplicar nas atividades de organização, decisão e controlo societário o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias»¹⁹. Por sua vez, o dever de lealdade traduz-se no «dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios»²⁰.

Uma vez violados os deveres do art. 64.º CSC o comportamento dos administradores será ilícito. Dessa forma o art 64º CSC releva para efeitos de ilicitude e conjugado com os pressupostos exigidos pelo art. 72.ºCSC, determina a responsabilidade dos administradores perante a sociedade²¹.

¹⁶ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: «O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima»*, In *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, 2007, p. 1166.

¹⁷ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 61.

¹⁸ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4ªEdição, Coimbra, Almedina, 2010 pp. 770 e 771.

¹⁹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2007, p. 19.

²⁰ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...,cit.*, p. 25.

²¹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro..., cit.*, pp. 112 e 113.

O art. 396.º, não determina quais as formas de responsabilidade que constituem a fonte de indemnização garantida pela caução. Apenas fixa no seu n.º1, que «a responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada».

Porém, é necessário delimitar que atos dos administradores estão abrangidos pela obrigação de caucionar a responsabilidade.

MARIA ELISABETE RAMOS defende que «vários argumentos parecem convergir no sentido de que, para os efeitos do art. 396.º, são relevantes os actos praticados no exercício de funções (delimitação, alias, constante do art. 79.º, n.º1) – ou seja praticados “durante e por causa da (...) actividade de gestão/representação social”, (...), “actos praticados fora do exercício de funções – incluindo actos praticados durante, mas não por causa desse exercício – vinculam o administrador do mesmo modo que vinculariam qualquer outra pessoa que os praticasse, estando sujeitos ao regime da responsabilidade civil comum”»²².

Partilhamos deste entendimento, que para efeitos de caucionamento obrigatório, apenas relevam atos que constituam violação grave dos deveres resultantes atividade de administrar.

Todavia, julgamos que o art. 396.º deveria especificar qual o âmbito responsabilidade que a caução obrigatória visa garantir²³.

²² Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...», *cit.*, p. 62. É também este o entendimento de GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 329, «Defende-se, desde já, uma interpretação do artigo 396.º, n.º1 e 2, que tenha em conta, para efeitos de caucionamento obrigatório, apenas a responsabilidade dos administradores e fiscalizadores decorrente da violação dos deveres estritos de administração ou fiscalização; ou seja – e não pode ser outro o sentido a atribuir à norma –, deve considerar-se que a obrigação de caucionar abrange apenas e tão-só a responsabilidade do dirigente por actos de administração ou de fiscalização deficientes, e não por quaisquer danos produzidos por causa ou no exercício das suas funções».

²³ Para além disso, o art. 396.º, também não clarifica se a caução garante apenas a responsabilidade perante a sociedade ou se garante também outros titulares da indemnização. Sobre este assunto, falaremos no próximo capítulo quando tratarmos dos beneficiários da caução.

4. A Caução

No seu sentido corrente, a caução designa a entrega feita por uma das partes à outra de certa quantidade de coisas móveis (fungíveis e não fungíveis) para garantia da cobertura do dano proveniente do não cumprimento de determinada obrigação. No seu sentido legal, a caução tem um objeto mais amplo, pois abrange também a hipoteca e a fiança, seja bancária ou não bancária²⁴.

Para efeitos do nosso estudo, a caução constitui uma garantia patrimonial a prestar por aqueles que forem designados para o desempenho de certas funções²⁵. Visa cobrir a satisfação da futura e eventual obrigação de indemnizar, a cargo dos administradores²⁶.

A caução, nos termos do art. 396.º, n.º 1 tem como valores legais mínimos €250.000 para as sociedades abertas cotadas e «grandes anónimas»²⁷ (nos termos do artigo 413.º, n.º 2, a), do CSC) e €50.000 para as restantes sociedades.

4.1 Formas de Caucionar

O artigo 396.º, n.º1, do CSC determina que a «responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada por alguma das formas admitidas na lei».

Nos termos do artigo 623.º, n.º1, do CC, «pode a garantia ser prestada por meio de depósito em dinheiro, títulos de crédito, pedras ou materiais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária». De acordo com o artigo 666.º, n.º2, do CC, «é havido como penhor o depósito a que se refere o n.º 1 do artigo 623.º». Tem, portanto, o depósito os efeitos dessa garantia.²⁸

Da conjugação dos artigos 623.º, n.º 1, do CC e 396.º, n.º 1, do CSC resulta que são consideradas legalmente idóneas, tanto a garantia real conferida pelo penhor ou hipoteca, como a garantia pessoal constituída pela fiança bancária²⁹. A caução presente no art. 396.º é, assim, sinónima de garantia especial, em sintonia com o disposto no artigo 623.º CC³⁰, podendo como tal ser prestada pelo depósito de dinheiro ou valores,

²⁴ Cfr. J. M. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Volume II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 471 e 472.

²⁵ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito...,cit.*, p. 738.

²⁶ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 56.

²⁷ De acordo com PAULO OLAVO CUNHA, *Direito...,cit.*, p. 91, «É uma *grande* sociedade anónima a que, durante dois anos consecutivos, ultrapasse dois dos seguintes três limites: total do balanço de cem milhões de euros; cento e cinquenta milhões de euros de vendas líquidas e outros proveitos; e uma média de cento e cinquenta trabalhadores durante o exercício (cfr. Art. 413.º)».

²⁸ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, Volume I, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 610.

²⁹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...,cit.*, p. 327.

³⁰ Cfr. João CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», A reforma do código das sociedades, In *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007 p. 150.

ou ainda pela prestação de qualquer garantia especial (fiança, penhor, hipoteca, garantia bancária autónoma, seguro-caução)³¹.

Enquanto garantia especial, a caução tanto pode recair sobre bens do devedor como sobre coisas pertencentes a terceiro³².

Pela dívida da indemnização responderão, além do património geral do administrador (devedor da obrigação de indemnizar), os bens que aquele tenha afetado à caução³³. Seja qual for o instrumento de caução a que se recorra, em caso de reclamação de uma indemnização, se tiver sido prestada caução, a satisfação da indemnização far-se-á à custa dos bens dados em caução, em regra pertencentes ao património do obrigado³⁴.

Caso a garantia seja prestada por um terceiro, este, uma vez satisfeita a pretensão do credor da indemnização, substitui-se a ele nos seus direitos, por sub-rogação, ficando investido nos poderes para reclamar do administrador aquilo que haja pago em seu lugar³⁵.

Poderá questionar-se se o art. 396.º, n.º 1, do CSC permite que o contrato de sociedade especifique a modalidade de caução a ser prestada. Para MARIA ELISABETE RAMOS, «não há objecções legais substantivas a que o contrato de sociedade restrinja o rol das formas admitidas na lei. Na verdade, nos termos do artigo 396.º, n.º 3, é lícito, em sociedades que não sejam emitentes de valor mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado nem cumpram os critérios do art. 413.º, n.º 2, a), dispensar, por intermédio de disposição estatutária, a prestação da caução. Além disso, o contrato de sociedade, respeitados os limites legais, pode fixar o montante da garantia. Parece não haver objecções decisivas a que o contrato de sociedade fixe o rol das formas de caução»³⁶.

Era também este o entendimento de PINTO FURTADO a propósito do 174.º C.com, «não previu o Código formas próprias para a prestação de caução, parecendo portanto, como se entende na doutrina, que o pacto constitutivo ou a assembleia pode eleger qualquer das espécies admitidas na lei geral»³⁷.

Não existindo qualquer disposição contratual a escolha da modalidade de caução que irá ser prestada caberá ao administrador, o que significa que poderá ser diversa a escolha realizada por cada um dos administradores.³⁸

Como vimos, e nos termos do art. 396.º, n.º 1, a caução pode ser prestada por alguma das formas previstas na lei, nomeadamente pelo depósito de dinheiro ou valores, ou ainda pela prestação de qualquer garantia especial. No entanto, o art 396.º,

³¹ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização...», cit., p.324.

³² Cfr. Cfr. J. M. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 471, que aí define garantia especial como «meio destinado a reforçar em benefício de determinado credor, a garantia comum dos credores, dada a todos eles, em pé de plena igualdade, pelo património do obrigado».

³³ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...cit.*, p. 327.

³⁴ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização...», cit., p. 324.

³⁵ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização...», cit., p. 324.

³⁶ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 68.

³⁷ Cfr. J. PINTO FURTADO, «Das Sociedades...», cit., p. 415.

³⁸ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., pp. 68 e 69.

n.º2, estabelece outra forma de prestar caução. Prevê que «a caução pode ser substituída por um contrato de seguro». Desse modo, também o contrato de seguro é um meio idóneo para prestar caução.³⁹

4.2 Beneficiários da caução

O artigo 396º, n.º 1, do CSC não esclarece quem são os beneficiários da caução. Apenas dispõe, no seu n.º 2 que o seguro é prestado «a favor dos titulares de indemnizações».

Antes da alteração do n.º 2 do artigo 396.º do CSC (com a reforma de 2006), alguma doutrina defendia que a caução garantia apenas a responsabilidade perante a sociedade. Contudo, com a alteração da redação do artigo e a introdução da expressão «a favor dos titulares de indemnizações», podemos obter um argumento literal no sentido de que a caução garante a indemnização a seja quem for que a reclame⁴⁰.

Apesar desta alteração, MARIA ELISABETE RAMOS defende que «subsistem argumentos que permitem sustentar que a *caução garante exclusivamente a obrigação de indemnizar a sociedade*»⁴¹. Nesse sentido, a caução continuaria a garantir apenas a responsabilidade dos administradores perante a sociedade, enquanto o seguro, esse sim, passaria a celebrar-se necessariamente a favor de todos os titulares de indemnizações⁴².

No entanto, MARGARIDA LIMA REGO não acompanha esta posição, pois no seu entender «o seguro a que se faz referência é celebrado em satisfação do dever de prestar caução. Logo, o seguro, quando o há, é a caução. O universo dos beneficiários da caução, sejam eles determinados ou indeterminados, não poderia ser maior ou menor consoante o meio, de entre os vários admissíveis, que venha a ser escolhido pelos administradores para dar cumprimento a esse dever»⁴³.

Também GABRIELA FIGUEIREDO DIAS não parece acompanhar a ideia de que a caução possa garantir exclusivamente a sociedade, na medida em que entende que «a caução

³⁹ Sobre o art. 396.º, n.º 2, e o contrato de seguro enquanto forma de prestar caução, falaremos mais à frente nesta dissertação, no capítulo 5, «O seguro».

⁴⁰ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ..., cit., p.63.

⁴¹ Neste sentido, MARIA ELISABETE RAMOS, *Administradores..., cit.*, p. 63, apresenta os seguintes argumentos: «a) o art. 396.º, n.º 1, não foi alterado; b) é à sociedade que compete exigir o cumprimento do dever legal de prestar caução; c) é ao órgão de fiscalização da sociedade que compete vigiar se o dever legal foi cumprido ou não (arts. 402.º, n.º 1, a) e b), 423.º, n.º 1, a), 441.º, d) e e)); d) desde que respeitados os limites legais, o contrato de sociedade pode fixar o montante de caução; c) deliberação da assembleia geral ou disposição estatutária podem, em certas circunstâncias, dispensar a prestação da caução; d) o incumprimento do dever de prestar caução tem efeitos perante a sociedade, porque determina a cessação de funções do administrador(es) faltoso(s). Outros potenciais titulares de direito de indemnização (que não a sociedade) não dispõem de qualquer instrumento legal que lhes permita exigir que a caução seja devidamente prestada. Se bem repararmos, as disposições sobre o processo especial relativo à prestação de caução pressupõem que a caução seja prestada por sujeito(s) determinado(s) e seja exigida por sujeito(s) determinado(s) (arts. 981.º; ss., do CPC)».

⁴² Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita..., cit., p. 426.

⁴³ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita..., cit., p. 426.

obrigatória das responsabilidades vem, assim, afirmar-se como instrumento privilegiado de incentivo aos terceiros para o estabelecimento de relações comerciais com a sociedade, assegurada que fica a ressarcibilidade dos danos que possam sofrer em virtude desse relacionamento, assim promovendo a confiança dos agentes económicos, a intensidade dos negócios e a vitalidade das empresas e dos mercados»⁴⁴.

Parece-nos que, se antes se poderia defender que a caução apenas beneficiava a sociedade, hoje, com a alteração legislativa e consequente introdução da expressão «a favor dos titulares de indemnizações», não nos restam grandes dúvidas quanto ao aumento do âmbito dos beneficiários para todas e quaisquer pessoas que sejam titulares do direito de indemnização. Para além disso, partilhamos do entendimento de MARGARIDA LIMA REGO de que o seguro não pode ter beneficiários diversos da caução, pois o seguro é a caução.

Assim, na medida em que o art. 396.º CSC não determina quem são os beneficiários da caução, e a introdução da expressão «a favor dos titulares das indemnizações» não foi suficiente para esclarecer esta questão, julgamos que o artigo devia ser reformulado, para que não restem dúvidas, em relação a quem são os titulares das indemnizações.

Não obstante, entendemos que a caução é prestada em benefício de uma indeterminabilidade de credores.

4.3 Prestação da caução

A caução é normalmente prestada ao credor ou credores da obrigação garantida. Porém seguindo o entendimento de que a caução presente no artigo 396.º CSC garante um leque indeterminado de credores, surge a questão de saber a favor de quem deve ser prestada a garantia.

Antes da reforma de 2006, sendo certo que o único beneficiário da caução estava determinado, isto é, era a sociedade, e tendo em conta os reduzidos montantes exigidos para prestar caução, era prática corrente os administradores satisfazerem o seu dever de prestar caução mediante a entrega, à sociedade, de ações representativas do capital da própria sociedade, suas ou de terceiros que as cedessem para este efeito.⁴⁵

Porém, era dado como garantia um bem cujo valor poderia depender da conduta dos próprios administradores: assim, quanto mais lesiva fosse a conduta dos administradores, menor valeria a sociedade e, consequentemente, as ações dadas em garantia⁴⁶.

Com o alargamento do âmbito de beneficiários da caução, esta prática de prestar caução mediante a entrega à sociedade de ações representativas do capital ou mesmo a entrega à sociedade de dinheiro ou outras coisas fungíveis, pode pôr em causa a tutela de outros credores sociais. Pois, na eventualidade de haver dissipação do património da sociedade, os credores sociais deixam de poder satisfazer junto desta os seus créditos.⁴⁷ Assim, de forma a tutelar o interesse dos outros titulares do direito à indemnização que

⁴⁴ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização...», cit., p. 320.

⁴⁵ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita...», cit., p. 431.

⁴⁶ Cfr. RAUL VENTURA, «Nota sobre a caução...», cit., p. 201.

⁴⁷ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita...», cit., p. 430.

a caução visa garantir, MARGARIDA LIMA REGO sugere que sejam impostas «restrições aos meios admissíveis como caução, designadamente, devem ser afastadas as possibilidades de a caução ser prestada com a entrega de ações representativas do capital da própria sociedade ou com a entrega à própria sociedade de dinheiro ou outras coisas fungíveis», na medida em que «não poderia admitir-se a entrega, à sociedade, de coisas (dinheiro ou outras fungíveis) que, com o acto de entrega, entrariam no património da sociedade, assim se desvanecendo a utilidade da caução para os credores sociais»⁴⁸.

Porém, o regime da prestação da caução pressupõe que a caução é prestada a alguém⁴⁹. Além disso, a atual redação do art. 396.º CSC, não permite identificar quem virá a ser titular de um direito a uma indemnização. O caucionamento da responsabilidade é realizado perante todos e quaisquer titulares de indemnização, sem delimitação dos potenciais beneficiários⁵⁰, não estando estes, em posição de exigir, (dentro do prazo de 30 dias após a eleição ou deliberação), o cumprimento do dever de prestar caução.

Continua a caber à sociedade o dever de exigir a prestação de caução, o que não significa que seja a ela que esta tenha de ser prestada. Assim, no caso de a prestação da caução se traduzir num ato de entrega, nada impede que a mesma seja prestada à sociedade. Contudo, para que haja tutela de todos os titulares do direito da indemnização, deve haver limitação quanto à escolha dos meios de prestar caução.⁵¹

O art. 396.º do CSC admite todos os meios para a prestação de caução, porém, seguindo o entendimento de que a prestação da caução garante uma indeterminabilidade de credores, é necessário limitar os meios de prestação da caução, para que a caução se possa realmente traduzir numa garantia para todos os seus beneficiários. Desse modo, entendemos que o art. 396.º devia expressamente limitar que a caução seja prestada com a entrega de ações representativas do capital da própria sociedade ou com a entrega à própria sociedade de dinheiro ou outras coisas fungíveis. Ou em alternativa, no caso de prestação de caução mediante entrega de dinheiro ou outras coisas fungíveis, determinar que a mesma tem que ser feita a um terceiro, nomeadamente a um banco, para assim prevenir o risco potencial de desvanecimento da utilidade da caução⁵².

Ademais, nada obsta a que a caução possa ser prestada a um banco, na medida em que é meramente contingente a existência da figura recetor da prestação⁵³. Essa figura existirá ou não consoante o meio escolhido para a prestação de caução. Para além disso, qualquer terceiro pode desempenhar o papel de recetor, não tendo que ser a pessoa do credor ou dos credores da obrigação a garantir⁵⁴.

⁴⁸ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita...», cit., p. 429.

⁴⁹ A este respeito, vd., art. 988.º, n.º2 do CPC, «A pessoa a favor de quem deve ser prestada a caução». O processo especial de prestação de caução é regulado nos arts. 981.º a 990.º CPC.

⁵⁰ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização...», cit., p. 323.

⁵¹ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita...», cit., p. 431.

⁵² Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita...», cit., p. 430.

⁵³ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A promessa de exoneração de dívida a terceiro. Pretexto para uma reflexão sobre o conceito de prestação», *Estudos em homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, org. J.L FREITAS e outros, volume II, Coimbra 2011, pp. 681 a 708.

⁵⁴ Cfr. MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita...», cit., p. 432.

4.4 Dever legal de caucionar a responsabilidade

O dever de caucionar a responsabilidade, nos termos do art. 396.º, n.º 1 CSC depende da qualidade de administrador de sociedade anónima (e, por remissão do art. 478.º CSC da qualidade de gerente da sociedade em comandita por ações). Também os membros dos órgãos de fiscalização das sociedades anónimas se encontram obrigados ao caucionamento da sua responsabilidade por força dos arts. 418º-A, n.º 1 e 445.º, n.º 3.

Dessa forma, não estão abrangidos por este dever os altos funcionários das sociedades anónimas que ocupam posições de gestão e controlo abaixo do órgão de administração⁵⁵. Para além disso, de acordo com o n.º 4 do artigo 396.º do CSC, está também excluída a pessoa coletiva designada administrador, na medida em que não é esta, mas a pessoa singular que é nomeada para exercer o cargo, quem assume a qualidade de administrador⁵⁶.

O n.º 5 do artigo 396.º do CSC dispõe que «é dispensada a prestação de caução aos administradores não executivos e não remunerados».

Antes da adição deste n.º 5, alguma doutrina entendia que o dever legal do art. 396.º abrangia «os administradores executivos, não executivos e administradores independentes»⁵⁷.

Desta forma, é afastado este entendimento, pelo menos, no que toca aos administradores não executivos quando não remunerados.

Assim, o n.º 5 do 396.º do CSC isenta da prestação de caução todos os administradores não executivos que não sejam remunerados⁵⁸.

Não estão legalmente dispensados de prestar caução por não corresponderem a estes critérios os administradores executivos, os administradores não executivos remunerados e os administradores independentes.

Faz sentido, que de alguma forma, não sendo os administradores remunerados, estes não tenham que prestar uma caução. A adição do n.º 5 terá tido como intenção libertar os administradores não remunerados de encargos que teriam que assumir para exercer funções que não lhes trazem réditos⁵⁹.

Porém, a redação do artigo poderia gerar algumas dúvidas, pois interpretando o artigo à letra pode-se entender que estão dispensados dois grupos de administradores, os administradores não executivos, e para além destes, os administradores não

⁵⁵ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 59.

⁵⁶ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro*, p.417, nota 1615.

⁵⁷ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 59.

⁵⁸ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «A alteração do regime da caução dos administradores», *Direito das Sociedades em Revista*, Volume 9, Almedina, 2013, p. 301.

⁵⁹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 396.º», in: ALEXANDRE MOTA PINTO/ALEXANDRE SOVERAL MARTINS/ANA MARIA GOMES RODRIGUES/CAROLINA CUNHA/ELDA MARQUES/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS/HUGO DUARTE FONSECA/JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES/MARGARIDA COSTA ANDRADE/MARIA ELISABETE RAMOS/NUNO BARBOSA/ORLANDO VOGLER GUINÉ/PAULO DE TARSO DOMINGUES/RICARDO COSTA/RUI PEREIRA DIAS/SUSANA AIRES DE SOUSA/JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI, Coimbra, Almedina, 2013, p. 310.

remunerados⁶⁰. No entanto esta imprecisão de redação do legislador é facilmente ultrapassável, basta para isso ter em conta a razão que levou à adição do n.º 5 do 396.º CSC; dispensar aqueles que não sendo executivos e não auferindo remuneração, teriam que suportar um sacrifício financeiro, para exercer as suas funções sem compensação⁶¹.

Assim, seguimos o entendimento de que não é extensível esta dispensa legal da prestação da caução a administradores que, apesar de não remunerados, são administradores executivos.

Mas as dificuldades do n.º 5 do 396.º do CSC não ficam por aqui. PAULO OLAVO CUNHA diz serem diversas as deficiências a apontar a este preceito, um dos aspetos criticável diz respeito ao fato de «no momento da eleição do administrador – e na assembleia geral em que deve ser ponderada a dispensa da prestação de caução, quando a mesma for possível –, não ser logicamente possível saber se ele vai ser executivo ou não executivo. Com efeito, cabe ao conselho de administração dispor sobre a sua organização e, pela eventual delegação de poderes num ou mais administradores ou numa comissão executiva, distinguir aqueles que vão ter funções executivas, daqueles que não as desempenharão; e que serão por isso, não executivos»⁶².

Para além disso, nem sempre é possível saber quais os administradores que vão ser remunerados, e pode também suceder que tratando-se de uma grande anónima ou sociedade cotada, a assembleia nada tenha decidido sobre a natureza das funções dos administradores eleitos, (até porque não é competente nesta matéria), nem sobre a respetiva remuneração.⁶³

Deste modo, e sendo que o prazo para prestar caução é 30 dias após a eleição ou deliberação, impõe-se a questão de saber se devem os administradores, mesmo não sabendo se não serão remunerados ou terão funções executivas prestar caução.

O legislador não pensou nesta questão quando adicionou o n.º 5 do 396.º CSC, deverá o mesmo ser revisto tentando dar resposta a esta questão. Entretanto, entendemos que por motivos de segurança jurídica, deve o administrador caucionar a responsabilidade nos 30 dias após a eleição ou deliberação. Caso venha a ser administrador não executivo e não remunerado, poderá levantar a caução antecipadamente na medida em que está dispensado desta. Compreendemos o transtorno que a prestação de caução por parte do administrador, para pouco tempo mais tarde vir a saber que está legalmente dispensado, pode causar, contudo consideramos que não podemos por em causa a expectativa jurídica dos titulares do direito da indemnização, que não tem possibilidade de verificar se a mesma foi prestada, em função do incómodo que isso possa causar ao administrador. No entanto, sublinhamos a necessidade desta questão ser resolvida e esclarecida, através de uma clarificação do n.º 5, sob pena de colocar em causa a eficácia da própria garantia que é a caução.

⁶⁰ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 396.º», cit., p. 310.

⁶¹ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «A alteração...», cit., p. 302.

⁶² Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «A alteração...», cit., p. 302.

⁶³ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «A alteração...», cit., p. 302.

Por outro lado, esta dispensa legal apenas é aplicável a administradores. Assim, esta não é aplicável aos membros do conselho fiscal e aos membros do conselho geral e de supervisão, que por força dos arts. 418.º-A, n.º 1, e 445.º, n.º3 do CSC, estão obrigados a prestar caução, mas não podem ser dispensados de a prestar pelo n.º5 do 396.º do CSC porque não são administradores.⁶⁴ Porém, administradores não executivos que são membros da comissão de auditoria⁶⁵ que não sejam remunerados estão legalmente dispensados de prestar caução. Dessa forma, teremos pessoas que exercem essencialmente as mesmas funções de fiscalização, submetidas a regimes diferentes de prestação de caução.⁶⁶ Assim, podemos chegar a situações injustas, por exemplo a de o presidente e o vogal do conselho fiscal estarem obrigados a prestar caução mesmo quando não remunerados e os administradores não executivos da mesma sociedade estarem dispensados de prestar caução se não auferirem remuneração. Para não falar dos membros da comissão de auditoria não executivos e não remunerados.⁶⁷

Nas palavras de PAULO OLAVO CUNHA em relação a este n.º5, «estamos perante desigualdades lamentáveis, que, juntamente, com os demais aspetos merecedores de crítica, deveriam ter sido objeto de adequada ponderação, evitando-se criar uma norma deficiente, ainda que se compreenda a intenção que lhe esteve subjacente»⁶⁸.

MARIA ELISABETE RAMOS sugere que uma forma de «resolver esta antinomia normativa seria proceder a uma interpretação restritiva da norma do art. 396.º, n.º5, de modo a que a dispensa legal de caução não se aplicasse aos membros da comissão de auditoria. Deste modo, os titulares dos órgãos fiscalizadores ficaram submetidos à obrigação de prestação de caução (seja qual for a estrutura organizatória escolhida)»⁶⁹.

Concordamos com esta posição, com a restrição do n.º5, do 396.º CSC, de modo a que todos os membros dos órgãos fiscalizadores fiquem de igual modo sujeitos à prestação da caução.

4.5 Dispensa da caução

De acordo com o artigo 396.º, n.º 3, do CSC «a caução pode ser dispensada por deliberação da assembleia geral ou constitutiva que eleja o conselho de administração ou um administrador e ainda quando a designação tenha sido feita no contrato de sociedade, por disposição deste». Nos termos do mesmo artigo, a dispensa só é admitida no caso de sociedades que não sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e no caso das “grandes anónimas”

⁶⁴ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 396.º», cit., pp. 310 e 311.

⁶⁵ Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva, comissão de auditoria, e outras comissões na administração», in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET/Almedina, Coimbra, 2007 p.259.

⁶⁶ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 396.º», cit., p. 311.

⁶⁷ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «A alteração...», cit., p. 303.

⁶⁸ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, «A alteração...», cit., p. 303.

⁶⁹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 396.º», cit., p. 311.

(sociedade que ultrapasse dois dos limites que constam do artigo 413.º, n.º2, alínea a) do CSC).

Algumas razões podem levar a sociedade a dispensar a prestação da caução e, assim, desguarnecer a obrigação de indemnização da garantia nomeadamente: a aceitação de exigência posta pelo administrador; a consolidada e reconhecida experiência da pessoa escolhida; a demonstrada lealdade e diligência do administrador que vai ser reeleito; a agilização do recrutamento de administradores; e a sociedade ser uma sociedade familiar cuja gestão é assegurada pelos sócios⁷⁰.

Como postula o artigo 396.º, n.º 3, do CSC, a dispensa há-de resultar de deliberação da assembleia geral ou constitutiva. Compete ao conselho geral e de supervisão a dispensa de caução dos membros do conselho de administração executivo (artigo 433.º, n.º 2 do CSC).

Dessa forma, outros sujeitos potenciais titulares do direito de indemnização, não dispõem de mecanismo legal específico preordenado a impedir que a sociedade decida a dispensa da caução⁷¹.

No caso de a caução poder ser dispensada, uma vez eleitos os administradores, os acionistas deverão ponderar sobre a eventual dispensa de caução. O que significa que a decisão de dispensa deve ser contemporânea da eleição/designação (art. 390.º, n.º 3 do CSC)⁷².

Ademais, deve constar agendado um ponto da ordem de trabalhos da assembleia geral eletiva cujo assunto seja relativo à dispensa da prestação da caução⁷³.

Caso os administradores sejam também acionistas, estes devem abster-se de participar na aprovação da proposta que conduza à eventual dispensa da sua caução, na medida em que tem um interesse próprio conflituante com o interesse social (384.º, n.º 6, a), do CSC)⁷⁴.

A proposta de dispensa, na assembleia geral, deve ser colocada à discussão tantas vezes quantos os acionistas-administradores envolvidos, para que cada um deles se possa abster de participar na votação que lhe disser respeito⁷⁵.

Deste modo, nada parece obstar (nas sociedades em que ela é permitida) que a caução seja dispensada quer por deliberação (nos termos mencionados), quer por cláusula estatutária.

No entanto, a dispensa de caução no contrato de sociedade «não pode ser consagrada em termos gerais e abstratos (*scilicet*: relativamente a quaisquer pessoas que viessem a exercer o cargo de administrador)»⁷⁶.

⁷⁰ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ..., *cit.*», p. 69.

⁷¹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ..., *cit.*», pp. 69 e 70.

⁷² Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 396.º», *cit.*, p. 309.

⁷³ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito..., cit.*, p. 739.

⁷⁴ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito..., cit.*, p. 739.

⁷⁵ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito..., cit.*, p. 739.

⁷⁶ Cfr. MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, «Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer, Administradores de Sociedades Anónimas, Almedina, Coimbra, 2012, p.82.

Assim, como parece resultar do art. 396.º, n.º 3, uma ligação intrínseca entre a designação de cada administrador e a decisão sobre a dispensa de garantia, a dispensa prevista em cláusula estatutária só deverá valer para a específica designação feita no contrato de sociedade e já não valerá para futuras designações⁷⁷.

4.6 Consequências da não prestação da caução

O artigo 396.º, n.º 4 do CSC determina que a caução deve ser prestada «nos 30 dias seguintes à designação ou eleição, (...) sob pena de cessação imediata de funções».

Se a caução não for prestada, devendo sê-lo, é necessário apurar como se qualifica a cessão de funções e quais os efeitos resultantes da sua falta no que respeita à validade e eficácia dos atos praticados⁷⁸.

A vigilância sobre se foi ou não prestada a caução pelos administradores cabe ao órgão de fiscalização, pois é a este que compete vigiar a observância da lei (arts. 420.º, 423.º-F e 441.º do CSC)⁷⁹.

A prestação de caução não é registável, não sendo possível dessa forma verifica se a prestação foi ou não efetuada, pelo que ao considerar-se a cessação imediata das funções, legalmente prevista, operaria a caducidade automática da designação e os terceiros não terem oportunidade de se aperceber da respetiva ocorrência⁸⁰.

Apesar de não ser um problema criado pela reforma de 2006, foi depois desta sublinhado que entender a «cessação imediata de funções» de forma literal era suscetível de por em causa a subsistência nas sociedades anónimas de diversos órgãos sociais; chegou-se a questionar se a falta de caução (entendida como caducidade do mandato) poderia implicar a nulidade das deliberações do conselho, a não vinculação da sociedade e a invalidade dos atos praticados pelos administradores⁸¹.

Já RAUL VENTURA entendia que esta expressão presente no n.º 4 do 396.º era equívoca do ponto de vista técnico-jurídico e parcialmente incongruente porque se a caução não se mantiver após a cessação de funções, não faz sentido fazê-las cessar⁸². O Autor entende que a interpretação mais correta do n.º 4 do 396.º CSC é a de que «passados trinta dias da designação ou eleição do administrador sem que a responsabilidade tenha sido caucionada (ou se a caução prestada não se mantiver posteriormente) a designação ou eleição considera-se caducada e a pessoa deixa imediatamente de ser administrador»⁸³.

⁷⁷ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *Administradores...*, cit., p.70. Também é esta a posição de PAULO OLAVO CUNHA, *Direito...*, cit., p.738, nota 999, que entende que é questionável a admissibilidade de dispensa de caução mediante previsão contratual.

⁷⁸ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito*, cit., p. 740.

⁷⁹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., pp. 70 e 71.

⁸⁰ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito*, cit., p. 740.

⁸¹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 71.

⁸² Cfr. RAUL VENTURA, «Nota sobre a caução..., cit., p. 203.

⁸³ Cfr. RAUL VENTURA, «Nota sobre a caução..., cit., p. 204, o Autor, refere também, no que diz respeito à caducidade da designação ou eleição, que «a caducidade da designação dos membros dos órgãos sociais

Como vimos, o art. 396.º, n.º 4 determina como consequência para a não prestação de caução a cessação imediata de funções. No entanto este termo é impreciso e não deve ser entendido de forma literal. Pois sendo a prestação da caução (quando não é possível dispensa-la ou quando a mesma não foi dispensada) condição necessária para o exercício de funções, não tendo esta sido prestada, não é possível fazer cessar funções que nunca tiveram início. Assim, a cessação imediata de funções deve ser entendida enquanto caducidade da nomeação, operando esta com eficácia imediata.

A caducidade da designação é juridicamente impeditiva do desempenho de funções; no entanto, os atos praticados por um administrador em nome da sociedade vinculam-na perante terceiros. Sendo o ato válido perante terceiros não poderá deixar de o ser internamente⁸⁴.

Desse modo, nas sociedades nas quais não haja a possibilidade de dispensa da caução, ou naquelas em que a caução não tenha sido dispensada, a falta da sua prestação nos 30 dias seguintes à sua designação ou eleição implica que os administradores que assim agiram decaiam automaticamente do cargo, perdendo a qualidade de administradores de direito mas caso se mantenham em funções, sobrevivem-lhes a qualidade de administradores de facto⁸⁵.

Havendo falta definitiva do administrador cuja relação caducou por falta de prestação de caução, são convocadas as regras de substituição de administradores⁸⁶.

4.7 Substituição de administradores

Não há nenhuma disposição legal específica para a prestação de caução pelos administradores substitutos, nem o artigo 396.º faz menção expressa a esse assunto. Dessa forma, entendemos que, designado o administrador substituto e não havendo possibilidade de dispensa de caução, nem tendo esta sido dispensada (nas sociedades em que existe essa possibilidade), este terá 30 dias para prestar caução, à semelhança de qualquer outro administrador, sob pena de cessar funções tal como está previsto no n.º4 do 396.º.

não é desconhecida no CSC. Ela está expressamente decretada no art.º 414.º/4, para o caso de superveniência dalguma incompatibilidade de membro do conselho fiscal».

⁸⁴ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito*, cit., p. 741.

⁸⁵ Cfr. MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, «Da proibição...», cit., pp. 92 e 93. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização...», cit., pp. 332 e 333, apresenta uma solução intermédia para salvaguardar os casos em que a prestação da caução não é feita ao fim de 30 dias mas sim (por exemplo) ao fim de 35. A autora não defende a cessação imediata de funções mas sim que a cessação de funções seja entendida «com um sentido de suspensão ou cessação temporária de funções que permita ao administrador ou fiscalizador a recuperação da legitimidade orgânica com a prestação (tardia) da caução, correspondendo o exercício efetivo de funções sem caução a uma situação de administração ou fiscalização de facto». ⁸⁵ Seguimos, contudo, a posição dos autores *supra* que entendem que a cessação opera automaticamente nos 30 dias após a nomeação, passando a aplicar-se a esse administrador as regras relativas ao administrador de fato.

⁸⁶ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*, cit., p. 103.

Desse modo, os administradores suplentes, estão obrigados a prestar caução quando começarem a exercer funções.⁸⁷

Contudo, o problema coloca-se quando a designação é feita por órgão distinto do órgão competente para deliberar a dispensa da caução.

PAULO OLAVO CUNHA, sobre esta matéria, entende que, «não sendo a designação efetuada pela assembleia geral – isto é, ocorrendo pela entrada de um suplente, pela cooptação feita pelo conselho de administração ou por designação do conselho fiscal -, importará fazer uma diferenciação, consoante a fonte subjacente à substituição operada. Assim, os suplentes deverão estar sujeitos ao regime criado para os membros efetivos do conselho de administração – pelo que, se estes estiverem dispensados, também eles não serão obrigados a prestá-la, salvo se tal vier a ser expressamente exigido pela assembleia seguinte à sua entrada de funções -, enquanto os demais substitutos deverão ver a sua designação ratificada pela assembleia geral subsequente ao seu início de funções. Até lá, nada terão de fazer. Realizando-se a assembleia geral, das duas uma: ou esta recusa ou não ratifica a escolha feita, e o administrador cooptado ou nomeado pelo órgão de fiscalização cessa imediatamente as suas funções, ou os acionistas ratificam a designação feita, devendo pronunciar-se expressamente sobre a caução a prestar pelo designado. Esta só se considerará dispensada se ocorrer deliberação expressa nesse sentido»⁸⁸.

Desse modo a cooptação deve ser objeto de ratificação na assembleia geral subsequente (393.º, n.º4), se a assembleia recusar a ratificação, a cooptação caduca e o administrador cooptado cessa funções. Os atos praticados pelo cooptado ainda não ratificado pela assembleia geral vinculam a sociedade e estão sujeitos ao regime da responsabilidade civil.

Apesar disso, MARIA ELISABETE RAMOS, entende que subsistem argumentos para que se defenda que o administrador cooptado deve garantir a sua responsabilidade a partir da sua designação por parte dos administradores subsistentes: «a) foi feita uma designação que determinou o início efectivo de funções; b) a submissão ao regime da responsabilidade civil pela administração da sociedade; c) a tutela dos titulares do direito de indemnização devida pelos administradores»⁸⁹

A questão é duvidosa, mas julgamos que o entendimento de MARIA ELISABETE RAMOS é o que melhor tutela os beneficiários da caução. Assim, cremos que após a sua designação por parte dos administradores subsistentes, os administradores cooptados tem 30 dias para prestar caução, independentemente de já ter havido ou não ratificação pela assembleia geral.

⁸⁷ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 59.

⁸⁸ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito...,cit.*, p. 727.

⁸⁹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...,cit., p. 60.

5. O Seguro

O art. 396.º, n.º 2 do CSC determina que «a caução pode ser substituída por um contrato de seguro». No entanto, é necessário apurar qual o seguro mais adequado para substituir a caução.

Vamos então analisar algumas das hipóteses de seguros apresentadas pela doutrina enquanto potenciais substitutos da caução.

5.1 Seguro de caução

Antes da reforma de 2006 do CSC, alguma doutrina defendeu que o seguro de caução era uma figura adequada para substituir a caução⁹⁰. Era este o entendimento, na altura, de JORGE COUTINHO DE ABREU E MARIA ELISABETE RAMOS⁹¹.

De acordo com o art. 162.º RJCS «por efeito do seguro-caução, o segurador obriga-se a indemnizar o segurado pelos danos patrimoniais sofridos, em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal».

Estamos, neste caso, perante uma garantia semelhante à garantia bancária mas que é prestada por um segurador.⁹²

Por sua vez, o art. 166.º RJCS estipula que «os seguros de crédito e caução são regulados por lei especial». O seguro caução é regulado pelo Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de Maio. Nos termos do art. 6.º desse mesmo decreto-lei «o seguro de caução cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução».

O art. 8.º define o que é necessário constar do contrato de seguro (neste caso do seguro de caução: «a) Identificação do tomador do seguro e do segurado, no caso de as duas figuras não coincidirem na mesma pessoa; b) Obrigação a que se reporta o contrato de seguro; c) Percentagem ou quantitativo do crédito seguro; d) Prazos de participação do sinistro e de pagamento das indemnizações.»

Este seguro, do ponto de vista da sociedade, pode representar uma opção vantajosa relativamente à caução prestada por intermédio da tradicional garantia pessoal ou garantia real (apesar de haver quem considere que o próprio seguro é uma garantia pessoal⁹³), na medida em que o contrato de seguro de caução é celebrado com

⁹⁰ Relembramos a redação do artigo 396.º, n.º2 introduzido em 1998, antes da reforma de 2006: «A caução pode ser substituída por um contrato de seguro, a favor da sociedade, cujos encargos não podem ser suportados por esta, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no número anterior.»

⁹¹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU / MARIA ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores», *Miscelâneas n.º3*, Coimbra, IDET/Almedina, 2004, p. 37.

⁹² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito dos Seguros*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 780.

⁹³ A este propósito, vid., M.J. DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 76, nota 291.

um segurador que, em regra, será uma entidade solvente, para além disso, pode integrar uma cláusula «*on first demand*»; além disso, liberta a sociedade dos deveres de administrar a coisa empenhada, ou de cobrar os créditos empenhados; e não sofre erosão de valor⁹⁴.

Por outro lado, a necessidade de identificação do tomador do seguro e do segurado surge como um problema face a tudo o que foi dito anteriormente em relação aos beneficiários da caução. Assim, sendo estes indeterminados, não se afigura possível qualquer tipo de identificação.

Para além disso, nos termos do art.º 12.º do Decreto-Lei N.º183/88, não são indemnizáveis os lucros cessantes nem os danos não patrimoniais. Esta exclusão também não se coaduna com os requisitos do artigo 396º CSC, na medida em que este não exclui a cobertura de quaisquer danos.

Estes dois argumentos parecem ser suficientes para excluir o seguro de caução enquanto substituto do seguro mencionado no art. 396.º, o que parece ser também o entendimento de grande parte da doutrina⁹⁵.

5.2 Seguro de responsabilidade civil

Na sua proposta de alteração ao Código das Sociedades, em 2006, a CMVM no que respeita ao artigo 396.º CSC, n.º 2 declarou que «interessaria corrigir esta previsão de modo a estimular os seguros de responsabilidade dos administradores (D&O Insurance), que tão intensa utilização têm merecido no estrangeiro. Estes, recorde-se, oferecem a vantagem de mitigar o risco pessoal do património do administrador, eliminando desincentivos à atracção de gestores talentosos»⁹⁶.

Apesar disso, a verdade é que uma grande parte das sociedades cauciona a responsabilidade através de um seguro de responsabilidade civil. Das 42 sociedades de direito nacional com ações cotadas no *Euronext Lisbon* em 31 de Dezembro de 2009, apenas 3 não possuíam, nesse ano, seguro de responsabilidade civil para os membros dos órgãos de administração⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...*, cit., p. 330

⁹⁵ Nesse sentido, vid., MARGARIDA LIMA REGO, «A quem aproveita...?», p. 422; MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro*, p. 331; PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais», *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 55; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 326.

⁹⁶ CMVM – proposta de alteração, p. 20.

⁹⁷ Cfr SÓNIA DE CARVALHO MARTINS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores para o cumprimento da obrigação de prestar caução prevista no artigo 396.º do Código das Sociedades Comerciais*, não publicada, p. 18, de onde também consta citação do Relatório Anual da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas em Portugal, 2009, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Estudos/Pages/20110519a.aspx#>, «Os membros do órgão de administração têm seguro de responsabilidade civil em 42 empresas. Nos termos dos nº1 e 2 do artº 396 do Código das Sociedades Comerciais, a responsabilidade de cada administrador deve ser caucionada por alguma das formas admitidas na lei, podendo a caução ser substituída por um contrato de seguro cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade (salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado na lei). Nestes termos, nas três sociedades onde os membros do órgão de administração

De acordo com esta informação, sabemos agora que o seguro de responsabilidade civil⁹⁸ é o seguro utilizado na prática societária para substituir a caução.

A questão é saber que tipo de seguro de responsabilidade civil é o mais adequado paraa substituir a caução. Iremos por isso estudar o D&O Insurance, que a própria CMVM tentou fomentar na proposta de reforma do CSC de 2006.

Iremos, por um lado que analisar as especificidades do D&O Insurance e a sua adequação ou não face ao artigo 396.º e ao ordenamento jurídico português e por outro, que analisar outros modelos de seguro de responsabilidade civil oferecidos pela indústria seguradora.

5.2.1 D&O Insurance

O D&O Insurance já existe, no Estados Unidos, desde a década de 1930. Teve a sua origem na crise bolsista de 1929, mas só nos anos sessenta e setenta do século XX é que veio a ter um acréscimo de procura, em consequência de um aumento da litigiosidade contra os administradores⁹⁹.

Surgiu numa sociedade intensamente litigiosa, fruto da atitude «*file first and think later*», imbuída do «*deep pocket thinking*». O que leva a que sejam os administradores (especialmente nas sociedades abertas e cotadas) a ser escolhidos como alvos privilegiados de litigação¹⁰⁰.

O D&O Insurance entrou na Europa através da Inglaterra e da Alemanha, em virtude da progressiva integração dos respetivos mercados financeiros, e, tal como nos Estados Unidos, o mercado só o procurou quando a o número elevado de litígios o pressionou¹⁰¹.

O D&O Insurance evoluiu muito ao longo dos anos, nomeadamente em relação à posição do tomador, ao alargamento objetivo e subjetivo da cobertura, ao alargamento das exclusões, e ao alargamento geográfico induzido pela globalização¹⁰².

não têm seguro de responsabilidade civil, os respectivos administradores terão de ter a responsabilidade caucionada por uma das outras formas admitidas na lei».

⁹⁸ «Um contrato de seguro de responsabilidade civil não cobre, na generalidade dos casos, a totalidade do risco de responsabilidade civil do segurado», vd., a propósito do conceito e modalidades do seguro de responsabilidade civil, MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 646 e ss.

⁹⁹ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, In Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 2007, pp. 1157 e 1158.

¹⁰⁰ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...cit.*, p. 241.

¹⁰¹ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance... cit.*, p.1 158.

¹⁰² Não iremos debruçar-mo-nos sobre esta evolução histórica, pretendemos focar-nos mais no D&O Insurance hoje e na sua relação mais ou menos próxima com o ordenamento jurídico português. Para saber mais sobre a origem, evolução e conteúdo típico das apólices, vid., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance... cit.*, pp. 1157 a 1166.

O D&O Insurance, normalmente, cobre despesas relacionadas com a defesa judicial no âmbito de ações de responsabilidade em que é demandado o administrador, cobrindo quer a posição destes (*side A cover*), quer a posição da sociedade (*side B e side C covers*)¹⁰³.

É um seguro através do qual se transfere para o segurador a responsabilidade civil do administrador pelos atos praticados no exercício de funções de administração¹⁰⁴.

É sem dúvida vantajoso face ao seguro de caução, na medida em que é um seguro multirriscos. Cobre a responsabilidade do administrador perante a sociedade (como o clássico seguro de caução), cobre a responsabilidade civil profissional (quando celebrado direta e individualmente pelo administrador ou numa qualidade profissional) e é um seguro de proteção jurídica (cobre os custos de litígio judiciais e extra judiciais)¹⁰⁵.

Apesar da intenção da CMVM, na proposta de reforma do CSC em 2006, de estimular o D&O Insurance, o nosso ordenamento jurídico, mantém ainda alguma distância face a esta prática norte-americana.

Assim, apesar de este tipo de seguro abranger tipicamente a cobertura da responsabilidade dos administradores, quer perante a sociedade quer perante terceiros¹⁰⁶, as particularidades do regime do artigo 396.º, n.º 2, do CSC suscitam dificuldades, porque afastam o seguro aí previsto do «tipo social do D&O Insurance»¹⁰⁷.

De acordo com o art. 396.º, n.º 2, a sociedade não pode suportar os encargos do seguro. Desse modo, a sociedade não pode pagar o prémio nem, na qualidade de tomadora, contratar um seguro por conta de todos os seus administradores; pelo menos uma parte dos encargos do seguro não podem ser suportados pela sociedade¹⁰⁸. A sociedade pode apenas assumir a posição de tomadora do seguro dos seus administradores, na modalidade de seguro contributivo ou parcialmente contributivo¹⁰⁹, desde que os administradores paguem o prémio equivalente ao montante exigido para caucionar a responsabilidade.

No entanto, esta obrigação pode ser evitada pois, apesar de o prémio se dever repercutir sobre o segurado, este na prática, acabará por ser compensado de um ou

¹⁰³ Cfr. PAULO CÂMARA, «O Governo...», cit., p. 57.

¹⁰⁴ Cfr. SÓNIA DE CARVALHO MARTINS, *O seguro de responsabilidade civil...*, cit., p. 19.

¹⁰⁵ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p.1172 e 1173.

¹⁰⁶ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 1176.

¹⁰⁷ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...», cit., p. 75.

¹⁰⁸ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...*, cit., p. 333, «em contraponto, no seguro D&O, a sociedade (tomadora) contrata (e paga) uma única apólice que garante todos os administradores, incluindo os que exerçam funções em sociedades coligadas e os que desempenhem funções em outras sociedades por designação da sociedade e/ou sociedades coligadas». Apesar de ser essa situação mais frequente no D&O Insurance, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 1179 refere que «o seguro pode ser contratado pelo ou pelos próprios membros dos órgãos de gestão e de fiscalização, como tomadores e segurados».

¹⁰⁹ Cfr. CNFS, Nota conjunta do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros sobre a aplicação do artigo 396.º CSC, p. 5.

outro modo através de remunerações indiretas (*fringe benefits*) ou até mesmo diretas por parte da sociedade¹¹⁰.

Acresce que o D&O Insurance, tipicamente, exclui a cobertura de atos dolosos ou fraudulentos dos administradores, tipicamente estes atos estão excluídos da cobertura, o significa que a indemnização é suportada, nesse caso, pelo património do lesante¹¹¹.

Não parece admissível, à luz do artigo 396.º, a exclusão da cobertura de atos dolosos. Foi esse também o entendimento do CNSF: «a substituição da caução pelo contrato de seguro tem de salvaguardar integralmente os direitos dos lesados, ou titulares de direito a indemnização. Não parece, assim, admissível a exclusão dos actos ou omissões dolosos praticados pelo administrador»¹¹².

Face ao exposto no art. 396.º, o D&O Insurance não é o seguro adequado para substituir a caução nos termos do n.º 2. Porém, entendemos que um esforço deve ser feito para integrar este seguro no nosso ordenamento jurídico. É um seguro internacional, e que pelas suas diferentes coberturas (*Side A, B e C*) já demonstrou na praxis societária estrangeira ser adequado a defender os interesses dos lesados.

É um seguro conveniente em sociedades cujo potencial de ofensa é ampliado pela dispersão do capital social ou pela sua dimensão¹¹³.

5.2.2 Outros seguros propostos pelo mercado segurador

Como ficou claro no ponto anterior, o D&O Insurance não é um seguro adequado, face as exigências do 396.º, n.º 2, para substituir a caução. Porém, a indústria seguradora foi estimulada a criar novos produtos para dar resposta a essas exigências.

Um dos produtos foi o «seguro de titulares de órgãos de administração e fiscalização de sociedades comerciais», que é apresentado pelas seguradoras como correspondendo ao legalmente exigido pelo art. 396º CSC, quanto à obrigação de caucionar a responsabilidade¹¹⁴. Contudo, como conclui MARIA ELISABETE RAMOS, algumas das condições apresentadas por este seguro não se coadunam com os requisitos legais do artigo 396.º, n.º 2, «porque esta norma: a) não exclui a indemnização de lucros cessantes nem de danos não patrimoniais devida nos termos gerais; b) não é compatível com um seguro que suponha a determinabilidade dos beneficiários»¹¹⁵.

Para além deste produto foram apresentados também outros, nomeadamente, «*Individual Director Obligatory Protection*», «Responsabilidade Civil Membros de Órgãos de Administração e Fiscalização», «Seguro Obrigatório de Administradores de

¹¹⁰ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 1179.

¹¹¹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...cit.*, p. 333.

¹¹² Cfr. CNFS, Nota conjunta do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros sobre a aplicação do artigo 396.º CSC, p. 5.

¹¹³ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...», cit., p. 87.

¹¹⁴ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...cit.*, p. 335.

¹¹⁵ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro...cit.*, p. 335.

Empresas»¹¹⁶. SÓNIA DE CARVALHO MARTINS analisou alguns destes produtos¹¹⁷ e concluiu que «o mercado já dispõe de soluções específicas para garantir a responsabilidade civil dos administradores nos termos do art. 396.º do CSC. Trata-se contudo, na maioria dos casos, de adaptações de apólices traduzidas de outros ordenamentos, que deixam muito a desejar em termos de redacção e de tradução, bem como nos deixam muitas dúvidas quanto ao cabal cumprimento da obrigação legal, nomeadamente devido ao âmbito de cobertura e às exclusões previstas»¹¹⁸.

¹¹⁶ Cfr. SÓNIA DE CARVALHO MARTINS, *O seguro...*, cit. p. 21.

¹¹⁷ Para uma análise mais detalhada sobre alguns destes produtos, vid. SÓNIA DE CARVALHO MARTINS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores para o cumprimento da obrigação de prestar caução prevista no artigo 396.º do Código das Sociedades Comerciais*, não publicada.

¹¹⁸ Cfr. SÓNIA DE CARVALHO MARTINS, *O seguro...*, cit. p. 28.

6. Propostas de alteração legislativa

As diversas dificuldades geradas pelo art 396.º CSC, que temos vindo a retratar, levaram a doutrina a sugerir propostas de alteração.

GABRIELA FIGUEIREDO DIAS sugere a clarificação sobre a exata natureza e origem das responsabilidades que é obrigatório caucionar; limitação da responsabilidade a caucionar, por exemplo em função da culpa; limitação do círculo dos beneficiários da indemnização para efeitos de caucionamento.¹¹⁹

SÓNIA DE CARVALHO MARTINS propõe a alteração do artigo no sentido de estabelecer um seguro obrigatório de responsabilidade civil para as sociedades anónimas, impedindo qualquer outra forma de caucionar.¹²⁰

MARIA ELISABETE RAMOS entende que o dever legal de prestar caução constitui um entrave legal e económico ao recrutamento de administradores. Julga também que os montantes mínimos legalmente previstos podem não ser suficientes para satisfazer as indemnizações. Para além disso destaca que o art 396.º é uma singularidade no elenco de legislações europeias, e que não faz sentido exigir aos administradores portugueses um encargo maior do que é exigido a administradores que exercem funções em economias mais competitivas.¹²¹

Assim, as sugestões apresentadas pela doutrina face às dificuldades criadas pelo artigo 396.º são diversas: desde a clarificação do artigo; a determinação do seguro como obrigatório, passando este a ser única forma de caucionar; e a eliminação do dever legal de caucionar.

Entendemos, face ao exposto ao longo desta dissertação, que os problemas e as dificuldades geradas pelo artigo são demasiadas e dessa forma a mera clarificação de conceitos não será suficiente. Julgamos que a caução pode constituir um entrave ao recrutamento de bons administradores que não estarão dispostos a assumir um ónus no nosso país maior que outros administradores em ordenamentos jurídicos tão próximos ao nosso.

Por outro lado, a maior parte das empresas portuguesas, dada a sua dimensão, dispõem da possibilidade de dispensa da caução. Em 2012, as PME's representavam 99,9% das sociedades do setor não financeiro¹²². Sendo que a maioria das PME correspondem a sociedades por quotas, estes nem sequer estão abrangidos pela obrigação de prestar caução na medida em que esta depende da qualidade de

¹¹⁹ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «fiscalização...cit.», pp. 329 e 330.

¹²⁰ Cfr. SÓNIA DE CARVALHO MARTINS, *O seguro...*, cit., p. 29.

¹²¹ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...», cit., pp. 84 e 85.

¹²² Cfr. Instituto Nacional de Estatística, Empresas em Portugal – 2012, de 21 de Março de 2014, disponível em: http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=210758098&PUBLICACOESmodo=2

administrador, não se aplicando aos gerentes das sociedades por quotas, em nome coletivo e em comandita simples.

Vemos assim que o art. 396.º abarca apenas uma pequena parcela de sociedades, motivo pelo qual entendemos que a caução não se justifica face à nossa *praxis* societária.

Foram as legislações que nos são mais próximas que influenciaram o dever legal de prestar caução, contudo, já todas elas suprimiram a obrigação de caucionar a responsabilidade, nos seus ordenamentos jurídicos.¹²³ A caução constitui uma desvantagem competitiva e um entrave ao recrutamento de administradores.

Por isso, afastamo-nos da posição relativa à substituição a caução pelo regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil, e vamos mais longe, seguindo o entendimento de MARIA ELISABETE RAMOS, de que deve o art. 396.º do CSC ser revogado, eliminando-se o dever legal dos administradores caucionarem a sua responsabilidade¹²⁴. A proteção dos lesados face às atuações ilícitas e culposas dos administradores passa a ser feita por intermédio de um seguro D&O Insurance, nos moldes em que ele é contratado um pouco por toda a europa. Assim, a sociedade financia o seguro, o que por um lado liberta os administradores do encargo e por outro permite a satisfação da indemnização nos limites da cobertura.

Ao harmonizarmos a nossa prática societária com a prática societária internacional estamos a fomentar a contratação de bons administradores, que através do D&O Insurance, se sentem seguro e impelidos a administrar as nossas sociedades. Deste modo, não só mantemos a proteção dos lesados como fomentamos a contratação de bons administradores.

¹²³ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 396.º», cit., p. 307.

¹²⁴ Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores ...», cit., pp. 86 e 87.

7. Conclusão

Da análise que fizemos ao artigo 396.º CSC, ao longo desta dissertação, é possível concluir:

O dever legal de prestar caução não se encontra em outros ordenamentos jurídicos que nos são próximos.

O artigo devia determinar qual o âmbito da responsabilidade que a caução visa garantir e os atos dos administradores que constituem fonte de indemnização. No entanto, julgamos que, apenas os atos praticados no exercício das funções enquanto violação grave dos deveres do administrador, relevam para efeitos da responsabilidade que a caução visa garantir.

A caução pode ser prestada por qualquer uma das formas admitidas na lei, e a nosso ver, pode ser especificada a modalidade de caução a prestar, no contrato de sociedade. Não havendo determinação no contrato sociedade, cada administrador prestará a caução na modalidade que entender, podendo a escolha ser diferente para cada administrador.

Por outro lado, não é claro quem são os beneficiários da caução. E a introdução da expressão «a favor dos titulares das indemnizações» não é inequívoca. No entanto, pensamos que esta expressão releva não apenas para efeitos do seguro presente no n.º 2 do 396.º CSC mas para todas as formas de prestação de caução, na medida em que o seguro é caução. Assim, há um aumento do âmbito dos beneficiários da caução, sendo esta prestada em benefício de uma indeterminabilidade de credores. Não obstante subsistirem dúvidas por parte de alguma doutrina que continua a entender que a caução tem como único beneficiário a sociedade.

Ademais, suportando a ideia de que a caução beneficia uma indeterminabilidade de credores criam-se dificuldades ao nível da prestação da caução propriamente dita. Esta é normalmente prestada a alguém, e na prática societária tem vindo a ser prestada à sociedade. Contudo, a entrega à sociedade de ações representativas do capital da própria sociedade, ou a entrega à sociedade de dinheiro ou outras coisas fungíveis podem lesar os outros credores titulares do direito à indemnização. Desse modo, sugere-se que haja uma limitação dos meios de prestar caução admitidos quando os mesmos são prestados à sociedade ou então, que a prestação seja feito a um terceiro, protegendo assim todos os potenciais credores da obrigação de indemnizar garantida pela caução.

Foi adicionado recentemente um n.º 5 ao art. 396.º, que apesar das boas intenções do legislador, não foi redigido da melhor maneira. Se por um lado a redação do n.º é equívoca, entendemos que o legislador atribuir a dispensa legal da caução aos membros não executivos e não remunerados; por outro no momento da eleição do administrador nem sempre é possível saber se ele vai ser ou não executivo ou se vai auferir remuneração. Além disto, este n.º gera situações de injustiça na medida em que é possível existirem pessoas a exercerem essencialmente as mesmas funções de fiscalização submetidas a regimes diferentes de prestação de caução, estando uns dispensados e os outros não. Para resolver esta antinomia, supomos ser necessário

proceder a uma interpretação restritiva do n.º 5 do 396.º para que todos os membros dos órgãos fiscalizadores fiquem submetidos à obrigação de prestar caução (seja qual for a estrutura organizatória escolhida).

Por outro lado, para efeitos do artigo 396.º, apenas não pode ser dispensada a caução nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas *grandes anónimas*. Face ao nosso tecido empresarial, apenas uma pequena percentagem de empresas está verdadeiramente obrigada a prestar caução, por conseguinte a eficácia da proteção visada pela caução fica fortemente diminuída.¹²⁵

A não prestação de caução, de forma a respeitar o preceito «cessação imediata de funções», deve ser entendida enquanto caducidade da nomeação do administrador. Assim, caso não prestem caução nos 30 dias seguintes à sua designação ou eleição, decaem automaticamente do cargo, perdendo a qualidade de administrador, e caso se mantenham em funções, ser-lhes-ão aplicadas as regras relativas ao administrador de fato.

A substituição dos administradores opera como a designação ou eleição de qualquer outro administrador, tendo este 30 dias para prestar caução. No caso do administrador cooptado deve este prestar também caução nos 30 dias após a sua designação por parte dos administradores subsistentes.

O art. 396.º, n.º 2, estabelece a possibilidade de substituição da caução por um seguro. O artigo não determina qual o seguro adequado para realizar esta substituição. Apesar de todos os esforços da doutrina e da indústria seguradora para criar um seguro que opere enquanto substituto da caução, cumprindo todas as exigências, ainda não existe uma alternativa óbvia.

Por último, julgamos que o artigo 396.º deve ser revogado e que a garantia que este artigo visava tutelar deve ser substituída pela contratação de um seguro, o D&O Insurance, por ser um seguro fortemente difundido a nível internacional, e por ser capaz de proteger os lesados face aos atos ilícitos e culposos dos administradores, para além de ser um instrumento valioso para o recrutamento de administradores.

¹²⁵ Não nos vamos esquecer que o nosso tecido empresarial é maioritariamente constituído por sociedades por quotas e que o artigo visa o caucionamento dos administradores mas exclui os gerentes das sociedades por quotas.

8. Bibliografia

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 19 a 103.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE / RAMOS, MARIA ELISABETE, «Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores», *Miscelâneas n.º3*, Coimbra, IDET/Almedina, 2004, p. 37.

ANTHERO, ADRIANO, *Comentário ao Código Comercial Português*, Volume I, 2ª Edição, Companhia Portuguesa Editora, Porto, 1913, p. 394.

CÂMARA, PAULO, «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais», *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 55 a 57.

Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, Proposta de alteração ao Código das Sociedades Comerciais, 2006, disponível em:

http://www.cmvm.pt/CMVM/Comunicados/Comunicados/Documents/56be6a08403749cbbfdada63db3da0aaproposta_alter_csc.pdf

Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, Nota conjunta do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros sobre a aplicação do artigo 396.º do CSC, disponível em:

<http://www.cmvm.pt/CMVM/Coopera%C3%A7%C3%A3o%20Nacional/Conselho%20acional%20de%20Supervisores%20Financeiros/Documents/EntendimentoCNSF396CSCcaucaoadministradores1.pdf>

CUNHA, PAULO OLAVO, «A alteração do regime da caução dos administradores», *Direito das Sociedades em Revista*, Volume 9, Almedina, 2013, pp. 301 a 303.

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 91 a 771.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, «A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 320 a 333

FURTADO, J. PINTO, «Das Sociedades em Especial», *Código Comercial Anotado*, Volume II, Tomo I, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 414 e 415

GOMES, M. J. DA COSTA G, *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 76.

Instituto Nacional de Estatística, Empresas em Portugal – 2012, de 21 de Março de 2014, disponível em:

http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=210758098&PUBLICACOESmodo=2

IRIBARREN BLANCO, MIGUEL, «Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital», *Revista Española de Seguros*, 136, 2008, pp. 803 e 804.

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, *Código Civil anotado*, vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 610.

MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, «Comissão executiva, comissão de auditoria, e outras comissões na administração», in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET/Almedina, Coimbra, 2007, p. 259.

MARTINS, SÓNIA DE CARVALHO, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores para o cumprimento da obrigação de prestar caução prevista no artigo 396.º do Código das Sociedades Comerciais*, não publicada, pp. 18 a 29.

RAMOS, MARIA ELISABETE, «Administradores de sociedades anónimas e o dever legal de garantir a responsabilidade», in *Direito das Sociedades em Revista*, Volume 5, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 55 a 87.

RAMOS, MARIA ELISABETE, «Artigo 396.º», in: ALEXANDRE MOTA PINTO/ALEXANDRE SOVERAL MARTINS/ANA MARIA GOMES RODRIGUES/CAROLINA CUNHA/ELDA MARQUES/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS/HUGO DUARTE FONSECA/JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES/MARGARIDA COSTA ANDRADE/MARIA ELISABETE RAMOS/NUNO BARBOSA/ORLANDO VOGLER GUINÉ/PAULO DE TARSO DOMINGUES/RICARDO COSTA/RUI PEREIRA DIAS/SUSANA AIRES DE SOUSA/JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (coordenação), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 309 a 313.

RAMOS, MARIA ELISABETE, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição do risco e a delimitação da cobertura)*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 112 a 417.

REGO, MARGARIDA LIMA, «A promessa de exoneração de dívida a terceiro. Pretexto para uma reflexão sobre o conceito de prestação», *Estudos em homenagem do Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, org. J.L FREITAS e outros, volume II, Coimbra 2011, pp. 681 a 708.

REGO, MARGARIDA LIMA, «A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil de administradores celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?», In *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Lisboa, Almedina, 2011, pp. 421 a 432.

REGO, MARGARIDA LIMA, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 646 e ss.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», A reforma do código das sociedades, In *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007 p. 150.

SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA, «Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer, Administradores de Sociedades Anónimas, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 81 a 93

VARELA, J. M. ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 471 e 472.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *D&O Insurance: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, In Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 2007, pp. 1157 a 1179.

VENTURA, RAUL, «Nota sobre a caução de responsabilidade dos administradores» em *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra 1994, pp. 201 a 204.

VENTURA, RAUL/ CORREIA, LUÍS BRITO, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, separata do BMJ n.º 192, 193, 194 e 195, Lisboa, 1970, pp. 209 a 211.